POLA

Nullità ed inesistenza di atti:
Effetti civili e penali

1899

G. C. POLA

Nullità ed inesistenza di atti:

Effetti civili e penali.

Estratto ritoccato dal giornale *La Giurisprudenza Penale* di Torino,
numeri 21, 22 e [illegible] del 1899.

FRATELLI BOCCA, EDITORI
TORINO — Via Carlo Alberto, n. 3 — TORINO

1899

G. C. POLA

Nullità ed inesistenza di atti:

Effetti civili e penali.

Estratto ritoccato dal giornale *La Giurisprudenza Penale* di Torino,
numeri 31, 32 e 33 del 1899.

FRATELLI BOCCA, EDITORI
TORINO — Via Carlo Alberto, n. 3 — TORINO
—
1899

« *La mancanza di prestazione del giuramento dell'alunno cancelliere non porta impunità di coloro che si resero colpevoli di falsa testimonianza e subornazione di testi nel giudizio penale in cui l'alunno non giurato funziona da cancelliere.* »

Questa massima proclamata dal tribunale di Pallanza con sentenza del 1° luglio 1897, in causa Scavini, Ronchi ed altri, e confermata dalla Corte d'appello di Torino (2 luglio 1898) merita di essere segnalata vuoi perchè, almeno che io mi sappia, il caso è nuovo nella giurisprudenza nostra, vuoi perchè la risoluzione della questione discende dalla teoria delle nullità adottate dal patrio legislatore; teoria che, ardua in materia civile, lo è vieppiù nel campo penale per la quasi totale mancanza di disposizioni legislative al riguardo, e perchè non si formò per anco una vera giurisprudenza in proposito.

L'importanza della massima è poi resa maggiore dall'applicabilità dei principii su cui riposa ad altri casi analoghi.

Ecco in due parole il fatto che formò oggetto delle accennate decisioni: Davanti il pretore d'Intra, trattandosi una causa penale, otto testi deposero il falso. Si svolse perciò al tribunale di Pallanza relativo processo, in cui la difesa, al-

l'ultima ora, aggrappandosi all'ultima tavola di salvezza che le si pareva presentare, investì con regolare querela di falso il verbale di dibattimento della pretura in cui eransi rese le false deposizioni. Respinta per ragioni di forme la prima querela di falso, altre ne vennero presentate al tribunale, onde esso finì per dichiarare, su conformi requisitorie del pubblico ministero, in allora rappresentato dallo scrivente, che in ogni caso si avrebbe avuto *nullità*, non *inesistenza*, del giudizio in cui erano avvenute la subornazione e le false testimonianze, inesistenza che in sostanza era sostenuta dalla difesa, la quale svolgeva la tesi dovere la mancanza di giuramento per parte dell'alunno, importare addirittura mancanza giuridica di cancelliere e conseguentemente mancanza assoluta, inesistenza del giudizio relativo.

Osservava il tribunale: « Gli alunni di cancelleria appartengono al novero delle persone che per l'art. 159 del regolamento giudiziario possono essere assunte, ove la necessità del servizio lo richieda, a fare le veci di cancelliere ed attribuire quindi la pubblica fede agli atti cui intervengono presso le varie autorità giudiziarie cui sono addetti, e da questa legge e non dalla formalità del giuramento, deriva la loro capacità a formare gli atti medesimi. La omessa prestazione adunque del prescritto giuramento, la mancanza cioè di un requisito richiesto dalla legge, non per l'essenza degli atti a cui gli alunni partecipano, ma per circondare di maggiore garanzia il loro intervento, non può togliere ad essi detta qualità, come la toglie a nessun altro funzionario dell'ordine giudiziario od amministrativo, nè può attribuire il carattere di funzione privata ad atti che per la natura loro sono pubbliche funzioni. Ove adunque si dimostrasse colla proposta querela di falso che l'alunno non prestò mai in alcun modo giuramento, la violazione di questa formalità sostanziale quanto si voglia e quanto si voglia produttrice di nullità, non potrebbe però mai rendere *inesistente* un giudizio seguìto avanti un pretore coll'intervento di una delle persone designate dalla legge ad assisterlo come cancelliere. Ritenuto questo concetto, che non fu mai, a chi ben guardi, contraddetto dall'invocata recente giurisprudenza della nostra Corte, come dai prevenuti si sostenne, equivocando sulla precisa

portata di espressioni usate in alcune sentenze, che non erano chiamate a distinguere, nè distinsero tra *inesistenza* e *nullità* di atti pubblici, cade allora l'accennato assunto dei prevenuti, che cioè la pretesa inesistenza giuridica del giudizio in cui deposero, produca l'inesistenza giuridica delle loro deposizioni e la conseguente non imputabilità del delitto di falsa testimonianza e di subornazione che ad essi rispettivamente si rimprovera. »

Osserva la Corte d'appello: « Non vale l'invocare la *nullità* del procedimento pretoriale contro lo Scavini, poichè quand'anche in definitiva fosse per risultare che l'alunno funzionò da cancelliere, mai aveva prestato giuramento, ciò non avrebbe influenza a favore dei giudicabili per dedurre la *inesistenza soggettiva* del reato di falsa testimonianza o della subornazione. Per la sussistenza di tali reati è certamente estremo essenziale che la deposizione sia fatta davanti ad una legittima autorità giudiziaria. Ma un pretore ed un alunno di cancelleria sono funzionario l'uno, addetto l'altro all'ordine giudiziario e in tale qualità ogni cittadino ha il dovere di riconoscere la loro autorità, senza preoccuparsi di indagare se per avventura un atto da essi compiuto possa essere viziato di nullità per inosservanza di forma anche sostanziale. »

La Corte di Cassazione (2ª sezione penale), con sentenza 8 giugno 1899, rel. Fiocca, rigettò il ricorso dell'imputato Bernardini e dichiarò inammessibile quello degli altri. Tale sentenza però non ebbe occasione di risolvere la questione, non essendo stata ammessa la querela di falso tendente a dimostrare che l'alunno effettivamente non aveva giurato.

Come si vede, la Corte non ripetè chiaramente la distinzione tra *nullità* ed *inesistenza* di atti che aveva enunciata il tribunale e posta a base della massima riportata in epigrafe, e ciò basta a dimostrare come la teoria da noi enunciata sia tutt'altro che un *ius receptum* in materia penale.

Credo perciò di far cosa non del tutto inutile nel riassumere i principii, le linee generali di questa teoria della nullità, fornitaci dalla dottrina e dalla giurisprudenza civile in cui e per cui essa sorse, avendo in materia civile assai più larga applicazione.

Nel diritto romano non si ebbe una vera teoria delle nullità: inutile e pericoloso sarebbe perciò il volere, dalla varietà dei casi in cui un atto o una convenzione erano dichiarati nulli, attingere dei principii generali, coordinati, organici, atti a fondamentare con l'autorità dei giureconsulti romani la teoria che seguì il nostro legislatore.

Tuttavia per natura stessa delle cose, anche nel diritto romano abbiamo nullità di vario grado quanto agli effetti.

Di regola: « *quidquid contra ius fit, nullum producit ef-* « *fectum*. Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum « contractum inter eos videri volumus subsecutum, *qui con-* « *trahunt lege contrahere prohibente*. Quod ad omnes etiam « legum interpretationes tam veteres quam novellas, trahi « generaliter imperamus: ut legislatori quod fieri non vult « *tantum proibuisse sufficiat*: caeteraque quasi expressa ex « legis liceat voluntate colligere: hoc est, ut ea, quae lege « fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed « pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohi- « buerit, tantum, nec specialiter dixerit *inutile esse debere* « *quod factum est*. Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo, « vel ob id, quod interdicent lege factum est, illud quoque « cessum atque inutile esse praecipimus » (ULPIANO, L. 5, Cod., *De legibus et const.*, e L. 7, § 16, Dig., *De pactis*).

Per conseguenza, perchè una condanna potesse valere, doveva essere legale: « Condemnatum accipere debemus « eum, qui *rite* condemnatus est, ut sententia valeat; caeterum « si aliqua ratione sententia nullius momenti sit, dicendum « est, condemnationis verbum non tenere. » (ULPIANO, L. 4, § 6, Dig., *De re iudicata*).

Analogamente, « quantum vitiose cautum vel satisdatum est, non videtur cautum, » (PAOLO, L. 6 Dig., *Qui satisdare cogantur*).

Il diritto romano però ammette la ratifica o conferma degli atti nulli ed inesistenti, con queste restrizioni: se il negozio

giuridico era nullo per difetto di forma o per un motivo di pubblico interesse, la ratifica non aveva effetto retroattivo per valere come formazione d'un nuovo negozio giuridico; così la ratifica non valeva contro i diritti acquistati nel frattempo da terzi (L. 25, C., *De don. i. v. e. n.*, 5, 16; L. 7, pr. *Ad SC. Mac.*, 4, 28; WINDSCHEID, *Dir. delle pandette*, § 83; — ACCARIAS, *Précis de droit romain*, I, 90 e seguenti (ediz. 4ª).

∴

Il principio secondo cui tutto ciò che è contrario alla legge è nullo, sebbene il legislatore non abbia espressamente stabilita la nullità, accolto, come vedemmo, da Giustiniano rispetto alle *leggi proibitive*, mantenne il suo vigore fino alla codificazione moderna, onde il DUMOLIN poteva dire: *negativa, praeposita verbo potest, tollit omnem potentiam iuris et facti* (MATTIROLO, *Dir. giudiz. it.*, II, n. 171, nota 2ª, ediz. 4ª).

In forza di questa regola, si distinse tra *leggi proibitive* e *leggi imperative*: si disse quelle avere a sè implicitamente inerente la sanzione della nullità; invece la violazione delle leggi imperative non indurre generalmente la nullità dell'atto, salvo che il legislatore tale nullità avesse espressamente dichiarata.

Ma siffatta distinzione non reggeva ad una seria critica, ed in molti casi appariva contraria all'intenzione del legislatore, e alla natura razionale degli atti; perciò, prima, si cercò con numerosissime eccezioni di correggerla, più tardi la si respinse del tutto; ed in oggi la dottrina si può dire concorde nel ritenerla abbandonata dai moderni legislatori.

In questo senso AUBRY e RAU, su ZACHARIAE, I, 4, 334, n. 1, e 335, nota 14, ed autori ivi citati (versione ital. di Francesco Fulvio, Napoli, 1868), — MERLIN, *Répert.* v. *Nullité* — DURANTON, *Droit civil*, t. XII, n. 529 — TOULLIER, *Droit civil*, liv. III, tit. III, chap. V, sect. VII — SOLON, *Théorie sur la nullité des actes*, ecc., t. I, 307 — CARRÈ et CHAUVEAU, *Quest.*, 3392 — DALLOZ, *Répert.* v. *Nullité* n. 4.

Per naturale reazione al sistema troppo rigoroso del *quid-*

quid fit contra legem nullum est, sorsero altri sistemi: la nullità solo si ha quando la violazione della legge è effetto di mala fede (BORDEAUX, *Philosophie de la proc. civ.* p. 388): nulli solo possono ritenersi gli atti espressamente dichiarati tali dalla legge; sistemi combattuti dal PISANELLI, nella sua *Relazione al progetto del cod. di proc. civ.*, p. 21, osservando che il primo sistema sostituisce al precetto della legge, l'arbitrio; il secondo è difficile ad attuarsi, non essendo possibile al legislatore, nel provvedere intorno a ciascun atto, arrestarsi ad ogni passo per dichiarare quali sono le forme di cui l'inosservanza porti seco la nullità dell'atto: inoltre vi sono certe formalità così essenziali, che, senza di esse, l'atto non può raggiungere lo scopo cui è destinato; ed è evidente che la mancanza di una di queste formalità rende nullo l'atto in forza d'un principio di ragion naturale, sebbene il legislatore non abbia espressamente fulminata la nullità (MATTIROLO, op. cit., I, n. 173).

In base a queste ragioni e sugli articoli 146, 1117, 1131, 1339, 1078 del codice civile francese, che tutti nella sostanza vigono nel codice civile patrio, e in ispecie, quanto ai tre ultimi, nei corrispondenti art. 1119, 1310 e 1311, 1047, il Romagnosi propose un sistema fondato sulla distinzione tra *forme essenziali* ed *accidentali;* sistema il quale venne accolto da ZACHARIAE (op. e loc. cit.); MERLIN op. e loc. cit.); BOUCENNE (vol. II, p. 79); SOLON (I, n. 335); TOULLIER (op. e loc. cit.); CARRÉ et CHAUVEAU (*Introd.*, chap. XXVII e *quest.* 3392); DALLOZ (op. e vocab. cit., n. 16) e dal PESCATORE (*Sposizione compendiosa*, ecc., I, p. I, p. 187 e seguenti), per non citare gli scrittori più recenti.

Sono formalità *essenziali* quelle senza di cui l'atto degenera in una natura sostanzialmente diversa o manca delle condizioni indispensabili per raggiungere lo scopo al quale è predisposto ed ordinato dalla legge.

Sono invece formalità *accidentali* quelle che non costituiscono l'essenza dell'atto, ma che solo sono dirette a circondarlo di maggiori guarentigie, per viemmeglio assicurare il conseguimento del fine a cui lo stesso atto è destinato.

Ora è manifesto che, per diritto di ragione, un atto il quale manchi di un elemento costitutivo, di una formalità

essenziale, è giuridicamente nullo, *inesistente*; e nullo (*inesistente*) debbe essere dichiarato dal giudice, ancorchè il legislatore non abbia espressamente comminato, per siffatta mancanza, la sanzione della uullità.

In tal caso vi è l'apparenza, il simulacro di un atto, ma non l'atto. All'incontro, la mancanza di una formalità puramente accidentale, non deve, in tesi generale, e secondo i principii di ragion naturale, produrre la nullità dell'atto: imperocchè questo, sebbene imperfetto, pure presenta tutte le condizioni necessarie per la sua giuridica esistenza, e può perciò, almeno nella più parte dei casi, raggiungere il fine al quale è ordinato.

Tuttavia vi sono atti di tale importanza agli occhi del legislatore che per essi il legislatore stesso è indotto da gravi ragioni di utilità a richiedere, col massimo rigore, l'esatta osservanza di tutte le guarentigie prescritte, e così anche delle forme accidentali.

Di più, può accadere che alcune formalità, le quali, per sè stesse, e nella maggior parte dei casi, non sono che accidentali, pure appariscano *talora* come *relativamente necessarie*, perchè, in certe speciali contingenze, senza di esse, mal si può ottenere lo scopo dell'atto stesso. In questi casi, il legislatore si farà, con espressa disposizione, a stabilire la sanzione della nullità, ovvero anche lascierà un potere discrezionale ai giudici, chiamandoli ad apprezzare le varie circostanze del fatto concreto per determinare se, nei singoli casi, la circostanza di formalità prescritte, dia luogo ad una assoluta incertezza sopra ciò che doveva essere indicato od espresso.

Ma in mancanza di una disposizione esplicita di legge, che perentoriamente dichiari la nullità o lasci all'autorità giudiziaria il potere di pronunziarla, non si potrà mai dai giudici annullare un atto, che difetti soltanto delle sue forme accidentali. Questo sistema seguì il legislatore patrio, come emerge dagli articoli sopra citati del codice civile e dall'art. 56 del codice di procedura civile, in ispecie, e dall'articolo 849 del codice di procedura penale.

Senonchè, affine di escludere il più possibile i dubbii e le questioni che nella pratica spesso insorgono sulla natura di

una data formalità, essenziale per gli uni, accidentale per gli altri, il legislatore si fece, in molti casi, a definire espressamente quali fossero le formalità la cui inosservanza importava nullità dell'atto, perchè essenziali od almeno reputate tali (MATTIROLO, *ibid.*, II, n. 174-176).

Non è però a credere, almeno a nostro avviso, che tutte le formalità accidentali espressamente guarentite dal legislatore con sanzione di nullità, siano a paragonarsi in modo assoluto alle formalità essenziali.

Anche fra le nullità espressamente stabilite dalla legge vi può, anzi vi è per natura stessa delle cose, varietà di grado:

a) Alcune saranno nullità ad *substantiam* senza di cui l'atto non potrà *mai* avere effetto giuridico;

b) Altre potranno, ove siansi trascurati i mezzi di legge per farle rispettare, essere sanate, e lasciare che l'atto, infetto di vizio per cui è comminata la nullità, abbia egualmente effetto.

Un esempio potrà chiarire questa distinzione:

Nessun testamento, non scritto, potrebbe avere effetto, per quanto le parti interessate potessero accordarsi nel darvi esecuzione.

Qualunque magistrato o pubblico ufficiale dovrebbe negargli sempre riconoscimento. La nullità in questo caso dovrebbe ritenersi d'ordine pubblico, sostanziale, per i principii che inspirano il nostro diritto successorio. Il ricevitore del registro, ad esempio, dovrebbe colpire, con le tasse di successione, gli eredi legittimi, ancorchè gli eredi effettivi, di fatto, fossero d'accordo di pagare come eredi testamentari le tasse dovute e in modo da non recare pregiudizio all'erario.

Supponiamo per contro che il testamento sia semplicemente nullo: exg., vi ha un testamento olografo mancante di data: desso, per gli art. 775, 804 cod. civ., è nullo. Tuttavia tale nullità potrebbe non essere fatta valere dagli interessati; e così l'olografo avrebbe pieno effetto (V. art. 1311 cod. civ.). Analogamente avverrebbe in caso di mancanza di atto scritto nelle donazioni. Mancando assolutamente lo scritto, la donazione è giuridicamente *inesistente* e sarà sempre tale; si ridurrà ad un mero stato di fatto; ove vi fosse uno scritto

irregolare, allora si avrebbe una semplice *nullità* o *annullabilità* di donazione, ma non *inesistenza*. Bastano questi esempii per mostrare come non tutte le formalità dettate sotto comminatoria di nullità producono identità di effetti (V. art. 1311 cod. civ.).

Crediamo quindi di dover ritenere che gli elementi di un atto, che abbiamo detto *essenziali*, abbiano o non irrogata la nullità, importeranno *inesistenza* di atto; gli elementi accidentali (onde occorrerà sempre un'indagine in proposito) richiesti dal legislatore a pena di nullità, porteranno nullità dell'atto, ma una nullità che non sarà radicale come l'inesistenza, a cui non andrà mai assimilata completamente come parrebbe credere il MATTIROLO, II, n. 174-176, di cui abbiamo riprodotto sopra gli insegnamenti, quando scrive che le formalità richieste sotto espressa sanzione di nullità sono, benchè *accidentali* per natura, da ritenersi *essenziali* per apprezzamento e volontà del legislatore; onde dovrebbero mettersi perfettamente alla pari.

Nel concetto del legislatore, osserva perspicuamente un valoroso civilista francese, il BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, ediz. 6ª, II, n. 1146, vi sono delle obbligazioni (e degli atti, soggiungiamo noi), infetti da certi vizi, che, senza toccare la loro essenza e di impedir loro di nascere, sono tuttavia abbastanza gravi perchè il legislatore abbia creduto di dover creare un'azione tendente a farne pronunziare la nullità o la rescissione. Queste obbligazioni o atti hanno dunque un'esistenza *provvisoria:* esse vivono finchè la giustizia non ne ha pronunziato la nullità; esse possono persino acquistare esistenza *definitiva*, se si lascia scorrere un dato lasso di tempo senza attaccarle.

Ma se l'azione è esercitata in tempo utile, l'obbligazione, che era esistita fin'allora, è annullata o rescissa; essa cade; essa è estinta per sentenza del magistrato, come per l'effetto del pagamento, di compensazione, della perdita della cosa dovuta, ecc.; con questa differenza che essa resta estinta retroattivamente.

Il codice civile presenta la nullità o la rescissione come una causa di estinzione delle obbligazioni (art. 1234 codice

Napoleone — articolo 1236 del nostro codice civile). Sembra in effetto che la nullità o rescissione abbia per risultato di far sì che non esista l'obbligazione, piuttosto che di estinguere un'obbligazione realmente esistente. Ma ciò è inesatto.

Qui siamo di fronte ad un contratto *nullo* o, più esattamente, *annullabile*. Esso riunisce gli elementi essenziali alla sua formazione, ma racchiude un vizio suscettivo di condurre al suo annullamento da parte della giustizia.

A differenza del contratto inesistente, esso esiste legalmente, e appena formato produce tutti gli effetti di un contratto valido: così crea obbligazioni, trasferisce la proprietà, costituisce un giusto titolo. Ma la sua esistenza è precaria, perchè può cadere sotto il colpo dell'azione di nullità esercitata in giustizia nel termine di legge.

Si devono considerare come infirmanti la nullità di un contratto, senza tuttavia impedirgli di aver vita:

a) I semplici vizi di consenso, cioè la violenza, il dolo, l'errore a cui la legge assimila la lesione (art. 1117, 1118 del cod. Nap. — L'art. 1117 non ha corrispondente nella legge nostra);

b) Il difetto di capacità della parte che si obbliga. L'incapacità non è che una causa d'annullabilità, benchè l'articolo 1108 del cod. Nap. — art. 1104 cod. civ. ital., — paia farne una causa di inesistenza, mettendo l'incapacità alla pari col consenso, l'oggetto e la causa.

Si ha invece *inesistenza* o come pure suol dirsi, nullità radicale, assoluta, di un contratto od atto:

1° Allorquando manca la sostanza dell'atto o vi ha difetto assoluto di consenso, di oggetto o di causa. Alla mancanza di causa va parificata la falsità della causa.

Lo stesso effetto produce l'inosservanza di forme solenni prescritte *ad substantiam*. Tale lo scritto per l'esistenza della donazione, del contratto di matrimonio, per la costituzione d'ipoteca.

2° Allorquando l'atto o il contratto viola una prescrizione o una proibizione legale fondata su motivi d'ordine pubblico. Tali i patti su una successione futura.

Questa distinzione tra *contratti inesistenti* e *contratti an-*

nullabili (1), come si manifesta logica nella sua base, tale si presenta nelle sue conseguenze. Diffatti:

A) L'annullamento di un contratto o di un atto *annullabile* o *nullo*, non può aver luogo che per l'effetto di un giudizio, il quale lo pronunzia espressamente su domanda delle persone cui la legge accorda l'azione di nullità. Nei casi di atto o contratto *inesistente*, non si ricorre al giudizio per distrurre ciò che giuridicamente non esiste, non si annulla il nulla.

Se la giustizia interviene in caso di contestazione, l'ufficio del giudice si limiterà a *constatare* il fatto dell'inesistenza e dedurne le conseguenze.

Ad esempio: io comperai una casa, che al momento della vendita ignorava essere distrutta. Io ne pagai il prezzo. Se il venditore rifiuta la restituzione di questo prezzo, dovrò ricorrere al giudice. Esso però non annullerà una vendita che non esiste, ma constatata l'inesistenza giuridica del contratto, ordinerà la restituzione della somma indebitamente pagata.

B) Gli atti e contratti *nulli* od *annullabili* non possono essere attaccati che da certe persone, nel cui interesse la nullità è introdotta. Al contrario l'*inesistenza* di un atto o contratto può essere invocata da chiunque interessato, da chiunque cioè i cui diritti sarebbero limitati dall'atto o contratto giuridicamente inesistente.

Il giudice poi, cui si producesse un atto o contratto inesistente, dovrebbe d'ufficio rilevarne l'inesistenza.

C) Quando un contratto è semplicemente nullo od annullabile, il vizio che contiene può essere purgato per una conferma o ratifica, espressa o anche tacita. Ratifica tacita si ha quando nel tempo fissato dalla legge (art. 1304 cod.

(1) Tale distinzione è ricevuta in materia di matrimonio: si ha *nullità* di matrimonio nei casi degli art. 104 e seguenti c. c.; si ha *inesistenza* di matrimonio: 1° in caso di unione fra persone dello stesso sesso; 2° se uno degli sposi non era assolutamente in grado di consentire; 3° se uno dei contraenti è legato da precedente matrimonio valido (Chironi, *Studi di diritto civile*, § 384).

Napoleone — articolo 1300 cod. civ. italiano) non si esperì l'azione di nullità. Allora il contratto od atto è come convalidato e sarà inattaccabile.

Per contro, un atto o contratto *inesistente*, non potrà mai essere suscettivo di ratifica o conferma, vuoi espressa, vuoi tacita. In questo senso suona l'aforisma: « quod nullum est confirmari nequit. » Si può rendere la sanità ad un malato, non la vita ad un morto, dice il Baudry-Lacantinerie, di cui abbiamo riprodotto i chiari quanto concettosi insegnamenti (op. cit., II, n. 1149 — Corte di Pau, 13 maggio 1890, in Sirey, 1891, 2, 228 — Windscheid, op. cit., § 83, il quale professa la teorica che noi propugniamo).

Abbiamo detto che l'atto *inesistente* non ha bisogno, per regola, di essere dichiarato tale, perchè non può di sua natura produrre effetto giuridico di sorta; che l'atto *nullo* od *annullabile* invece resta in piedi fino a che venga posto nel nulla, o, come talora si dice, rescisso o rotto.

Ora dall'uso improprio che si fa promiscuamente dei termini *nullità*, *annullabilità*, *rescissione*, che spesso ricorre nella legge e nella giurisprudenza, può nascere confusione, e potrebbe parere che l'annullabilità riguardi solo gli atti rescindibili, mentre quelli che sono detti nulli, siano già tali per sè, senza duopo di farli proclamare tali, di romperli o rescinderli, come talora si dice, in luogo di annullare, come sarebbe più esatto e più chiaro.

Occorre pertanto spendere una parola in proposito per maggior chiarezza della soggetta materia.

La distinzione tra azione di nullità e azione di rescissione nacque nel diritto consuetudinario francese verso la metà del secolo XV quando sorsero le ordinanze scritte, le quali sole ebbero forza di legge. Nel nuovo sistema legislativo i giuristi distinsero le nullità in due classi, tenendo conto della loro origine: quelle statuite nelle ordinanze reali scritte erano dal giudice applicate *de plano;* quelle fondate sul diritto romano, sull'equità o sulla consuetudine, dovevano essere usate solo in seguito a rescritto del principe, il quale accordava le *lettres de réscission*, per mezzo della sua cancelleria.

Oltre questa differenza di origine tra azioni di nullità e quelle di rescissione, altra stava nel fatto che le prime prescrive-

vansi in 30 anni, le seconde in 10 anni. Colle leggi del 7-11 settembre 1790 (art. 20 e 21) la rivoluzione abolì le lettere di rescissione, e il codice Napoleone, all'art. 1304, sottopose le une e le altre alla prescrizione decennale, e negli art. 887, al. 1, 892, 1110, 1111, 1113, 1117, 1304, 1338 cod. Napoleone e nella rubrica della sezione intitolata *De l'action en nullité ou en réscission*, nullità e rescissione paiono essere usate promiscuamente come sinonimi.

Tuttavia, siccome allorquando si tratta di nullità che ha la sua sorgente nella lesione, il legislatore francese usa costantemente la parola *rescissione* e talora quella di *restituzione* (art. 877, alin. 2, 1305, 1306, 1311, 1313, 1674), così bisogna conchiudere che, pur ammettendo che la parola *rescissione* possa applicarsi a qualunque nullità, tuttavia per regola designa quelle fondate sulla lesione.

Conseguenza del fatto che la rescissione riposa sul pregiudizio, nella misura determinata dalla legge, a differenza delle altre nullità fondate su altre cause d'invalidità (errore, dolo, incapacità, ecc.), si è che l'azione in rescissione può essere arrestata mediante una congrua offerta d'indennità; laddove le altre nullità sono di loro natura irreparabili (salvo il caso di conferma, ratifica o prescrizione), e il giudice dovrà perciò pronunziare la nullità senza che sia necessario che una lesione sia avvenuta (BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., II, n. 1152).

Conchiudendo: l'azione di nullità è il genere; l'azione di rescissione è la specie (Conforme: GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*).

Ed ora ritorniamo alla teorica gènerale.

Il cod. di proc. pen. non ha riprodotto l'art. 56 della procedura civile, su cui basa essenzialmente la esposta teorica; però ha l'art. 849, che vi corrisponde. Tale articolo recita: « L'inosservanza delle forme che il presente codice prescrive sotto pena di nullità invalida tutto l'atto e tutti i successivi dal medesimo dipendenti, ogni qual volta la nullità non sia stata o non possa essere sanata dal silenzio delle parti. »

L'art. 640, ad es., richiamato dai successivi art. 642 e 645 proc. pen., accenna pure a nullità sanabili col silenzio delle parti ed a nullità insanabili. — L'art. 365 p. p., che è una

applicazione pratica dell'art. 849, concorre a ricostrurre il pensiero del legislatore.

Di fronte a tali articoli ed al fatto che nel c. p. p., il legislatore talora commina espressamente nullità per inosservanza di prescrizioni più importanti, risulta che in materia di proc. pen. la teoria del legislatore è sempre l'istessa.

Per gli art. 849, 365, 640 p. p., adunque, si deve conchiudere che l'inosservanza delle forme prescritte non genera nullità se non nei casi in cui essa è espressamente fulminata dalla legge; che vi hanno nullità espresse sanabili col silenzio della parte interessata; che vi hanno nullità insanabili.

Ora noi crediamo che questa distinzione tra *nullità sanabili* e *nullità insanabili* sia la conseguenza diretta della distinzione tra forme *essenziali* ed *accidentali* dell'art. 56 della proc. civ.; articolo che per analogia (art. 3 disposiz. prelim. al cod. civ.) è pienamente applicabile in tema di procedura penale.

Invero tanto in un caso che nell'altro il legislatore detta norme per regolare l'esercizio dei diritti dei cittadini, sia nell'interesse particolare, che generale. — I due codici di rito furono promulgati contemporaneamente (1865), nè è a credere che il legislatore abbia potuto mettersi in urto contro sè stesso dove vi aveva medesimezza di bisogni e di criterii: *Ubi eadem iuris ratio, ibi eadem legis dispositio*.

Che se nella proc. pen. non fu riprodotto l'art. 56 della proc. civ., ciò avvenne per mera mancanza di coordinamento, essendo i diversi codici affidati a diverse Commissioni.

Uopo è quindi lo inferirne che unico è il sistema che in questa parte adottò il legislatore italiano, tanto in materia civile, che penale.

.·.

Fermate così le due grandi classi di nullità, e cioè di *inesistenza* ed *annullabilità*, vediamo in quale possa rientrare la mancanza del giuramento per parte dell'alunno cancelliere.

L'art. 159 dell'ordinamento giudiziario non commina nullità per la mancanza di giuramento per parte delle persone che sono chiamate a sostituire il cancelliere e il vice-cancelliere assenti o impediti.

Una volta quindi che si ritenesse — come dimostreremo or ora — che il giuramento è una semplice garanzia degli atti che l'alunno è chiamato a compiere, e in genere degli atti per cui si richiede il giuramento, si dovrebbe conchiudere che non vi ha nullità, giusta quanto si è superiormente dimostrato, specialmente in base agli art. 56 c. p. c. e 849 c. p. p.

Ma ammettiamo pure che il giuramento sia formalità di maggior momento, nel sistema della legge patria, in cui magistrati, funzionari, testimoni, parti, interpreti, tutti giurano, onde l'omissione del giuramento induca nullità (Cassazione, 11 maggio 1894 e 2 giugno 1898, rel. Lucchini, nella *Cass. Unica*, 1898, col. 1203). Tale nullità non potrà essere che identica per natura ed effetti a quella che deriva da una deposizione di teste, di perito, non accompagnate da giuramento (art. 297, 298 c. p. p.).

Ora è proprio a ritenersi impossibile che il teste, il perito, l'alunno cancelliere, in tanto adempiano al voto della legge in quanto — ed unicamente per ciò — hanno giurato? Evidentemente no. Come vi hanno persone che possono violare la santità del giuramento, ve ne hanno altre che anche senza questo speciale vincolo, per dignità umana ed onestà, possono prestare opera fedele alla amministrazione della giustizia sotto qualunque aspetto ne siano richiesti. Infatti scrive il Lucchini nei suoi preziosi *Elementi di procedura penale*, a pag. 154: « La presunzione dell'umana veridicità è la base della prova testimoniale. L'uomo, infatti, è per sua natura inclinato al vero..... Ad avvalorare e rafforzare questa naturale inclinazione si provvide con certe sanzioni civili, religiose e legali. » Fra queste sanzioni che mirano a rafforzare la veridicità dei testi e in genere di quanti sono chiamati a servire la giustizia, vi è il giuramento. Esso pertanto è una garantia di sincerità e lealtà, ma non esso crea la fede che la legge ripone nel deposto del teste, nell'opera del perito, dell'alunno, » ecc.

Anzi, « nota il Lucchini (*ibid.*, pag. 157) assai acconciamente, come eccitamento ad essere sinceri, contraddice alla presunzione di naturale veridicità, fondamento della prova testimoniale. » Procediamo oltre: la parte lesa denunciante o querelante, benchè non presti giuramento, per quella fede che ha ogni persona che funge da teste, è pur sempre un testimone credibile, e, data la libertà di convincimento del giudice, una sola parola può bastare per fondamentare una condanna.

I testimoni nell'istruttoria, per regola, non prestano giuramento. Eppure la loro parola può legittimare un mandato di cattura, oppure far rifiutare ad un detenuto la chiesta libertà provvisoria.

La deposizione del teste morto od assente, benchè non giurata, si può leggere al dibattimento e può pesare, e come, sulla simbolica bilancia.

Dunque è la legge stessa che ci insegna a chiare note essere il giuramento una garanzia (vera o pretesa) di verità, ma nulla più che una garanzia; una spinta alla verità, la quale può aversi indipendentemente dal giuramento.

Se così è, come si vorrà dire che il legislatore possa, rinnegando quella fede nella veracità e lealtà umana su cui si fonda pure tutto il procedimento probatorio civile e penale da esso edificato, negare ogni e qualsiasi valore a quanto si disse o si fece da chi, contrariamente alla legge, non prestò giuramento?

Certo manca una garanzia preziosissima nel concetto del legislatore, onde si avrà una nullità, che, se in tempo, dalla autorità competente dovrà essere rilevata anche d'ufficio, ma non si potrà mai equiparare un sospetto, sia pure gravissimo, di malo operato, con una realtà, che può essere tutto il contrario di quanto volle sospettare il legislatore.

Si avrà nullità finchè si vuole, ma non inesistenza di testimonianza, di perizia, di cancelliere, *et similia*.

Il mancato giuramento, adunque, da parte dell'alunno cancelliere della Pretura di Intra, poteva bensì generare un vizio nel dibattimento in cui esso funzionò e portare all'annullamento del dibattimento stesso, malgrado il silenzio, e, se vuolsi, malgrado espressa rinunzia degli imputati e que-

relanti, da parte dell'autorità chiamata a giudicare sulle risultanze di esso; ma, ripetiamo, non poteva rendere quel dibattimento *inesistente*, inquantochè ben sarebbe potuto darsi il caso che, per negligenza o altra causa, quella nullità non fosse apparsa, e il dibattimento del Pretore d'Intra, benchè nullo, avesse avuto tutti gli effetti di legge; ciò che non è concepibile possa avvenire di un dibattimento *inesistente*.

Dato adunque che un atto nullo (annullabile), a differenza di uno inesistente, vive legalmente, benchè di vita precaria, e può sempre essere sanato mediante non uso dell'azione di nullità, e produrre i suoi effetti normali; dato che il giuramento è una garanzia degli atti a cui va congiunto, ma non un elemento essenziale degli atti stessi, nè per natura delle cose, nè per volontà del legislatore, che, pur volendolo come preziosissima garanzia, non mostrò però di prescriverlo *ad substantiam*, ma solo *ad solemnitatem*; dato che il reato di falsa testimonianza non richiede per la sua esistenza un danno effettivo, ma solo potenziale, quale certo può arrecare una deposizione, benchè nulla, per illegittima omissione di giuramento, ineluttabilmente consegue che gli imputati, condannati dal Tribunale prima, dalla Corte di poi, dovevano effettivamente rispondere dei reati di falsa testimonianza e subornazione loro ascritti.

Avrebbero gli imputati potuto avanzare la loro difesa con migliore speranza, qualora alla Pretura di Intra si fosse chiamato a fungere da cancelliere una persona non compresa fra quelle indicate dall'art. 159 dell'ord. giudiz., per mancanza assoluta di veste legale a funzionare da cancelliere.

Analogamente *nulli*, ma non mai *inesistenti*, dovrebbero dirsi gli atti compiuti da un giudice, il quale non avesse prestato giuramento nel momento di entrare in carica. Tali atti mancherebbero al più d'una garanzia, ma potrebbero ottenere il loro effetto una volta passati in giudicato.

Inesistenza si avrebbe alloraquando avesse funzionato da giudice un privato qualunque, benchè nelle forme legali. E gli atti così compiuti dovrebbero vedersi negata esecuzione, in ogni tempo, da parte di ogni funzionario a conoscenza di tale mancanza assoluta di giurisdizione.

Così inesistente sarebbe una querela ricevuta da un funzionario non autorizzato dalla legge a riceverla (ad es., il cancelliere: Cass. Firenze, 1° dicembre '86, in *Riv. Pen.*, XXV, pag. 291), mentre invece una querela semplicemente annullabile potrebbe pur sempre ottenere qualche effetto, quello, ad esempio, di interrompere la prescrizione dell'azione penale.

Per medesimezza di ragioni, nulla, ma non inesistente, sarebbe l'opera del perito e dell'interprete che non avessero giurato; onde, nel caso di delitto di cui all'art. 217 c. p., non potrebbero mai essere scriminati.

La teoria sopra brevemente riassunta sulle orme degli scrittori ci offre il criterio per risolvere molte questioni che sono state vivamente agitate nella pratica:

L'art. 203 c. p. punisce chi sottrae cose pignorate o sequestrate.

L'art. 221 c. p. punisce chi giura il falso in materia civile.

Or bene, in tutti questi casi la nullità del pignoramento, del sequestro, del giuramento non toglierà di mezzo il reato: Cassaz., 22 aprile 1891, in *Riv. Pen.*, XXXIV, pag. 321 — 1° febbraio 1893, *ibid.*, XXXVIII, pag. 287 — Mosca, in *Foro it.*, IV, pag. 8 — Cass., 31 marzo 1890, in *Riv. Pen.*, XXXI, pag. 323 — 26 gennaio 1893, *ibid.*, XXXVII, p. 490; 24 febbraio 1894, *ibid.*, XXXX, p. 441. — In questo senso il Carrara, il Majno, il Crivellari, il Cogliolo ed in genere i commentatori.

Senonchè anche qui la nullità può essere di diversa specie.

Alcuni vizii potrebbero, ove non fatti valere, lasciare egualmente che sequestro, pignoramento, giuramento conseguissero gli effetti legali rispettivamente loro proprii. Ma ben potrebbe darsi che questi atti fossero infetti da vizii più gravi, ad esempio, che un sequestro fosse stato ordinato ad un messo comunale, da un sindaco che volesse farla da giudice, come una volta mi accadde di vedere; che un giuramento fosse stato prestato, puta caso, per assenza abusiva del magistrato, ad un funzionario di cancelleria, o, peggio

ancora, ad uno scrivano di cancelleria, facendo a fidanza sull'ignoranza del giurante.

In tutti questi casi, come nel caso in cui un cancelliere od uno scrivano compiesse atto d'istruzione in luogo e vece del giudice istruttore, senza punto far figurare quest'ultimo, niun dubbio che si sarebbe di fronte, anzichè a semplici nullità, a vera inesistenza di pignoramento, di sequestro, di giuramento, di atti istruttorii, per guisa che da tali atti inesistenti nessun effetto civile o penale, nessuna responsabilità potrebbe scaturire, nè si potrebbe giuridicamente ammettere potesse derivarne quella possibilità di danno che basta a dar vita ai reati di spergiuro, falsa testimonianza, ecc., ecc.

In alcuni di questi casi, tale *inesistenza* potrebbe essere dissimulata allorquando i magistrati che avrebbero dovuto addivenire agli atti sopra detti avessero falsamente firmati gli atti stessi. Ma anche in questi casi una querela di falso potrebbe far conoscere la verità, ed in allora vanamente si vorrebbe procedere per i reati di cui agli art. 203, 221, 214, 217 cod. pen., dappoichè non si offende la giustizia se non pel tramite di coloro che la rappresentano e l'incarnano.

E per avere perduta di vista la diversità che corre tra *annullabilità* ed *inesistenza* di un atto, tra elementi essenziali ed accidentali, lo STOPPATO (*Temi Veneta*, 1894, p. 429) potè erroneamente, a nostro avviso, scrivere che non esiste reato di falsità in giudizio quando manchi il giuramento nei casi in cui esso è richiesto. Non tutte le nullità insanabili, come abbiamo veduto, fanno di un atto nullo un atto inesistente. Arroge: l'essenza costitutiva della falsa testimonianza sta nell'offesa immediata e diretta che si fa alla giustizia col trarla in errore deponendo cosa non vera (Cass. 8 febbraio 1896, in *Riv. pen.*, 43, p. 412), ciò che ricorre siasi o non giurato. L'opinione dello Stoppato è poi perentoriamente esclusa dall'art. 216 cod. pen. in cui si prevedono i soli casi in cui la falsa testimonianza deve andare impunita. *Inclusio unius exclusio alterius.*

Per identità di ragioni l'essenza del reato di spergiuro sta nella falsa affermazione del giurante; nel nocumento della parte soccombente, nell'offesa alla giustizia; cose tutte

che sussistono indipendentemente dalla formula sacramentate « giuro » e dalla santità dell'atto stesso.

Il giuramento è un mezzo di prova, il quale appunto è tale in quanto si suppone che il giurante affermi il vero per non incorrere in una pena.

Non sapremmo pertanto approvare la sentenza 13 gennaio 1887, della Suprema Corte di Torino, in causa Elena (*Riv. pen.*, 25° p. 352), con cui si affermava che non sussiste il reato di spergiuro, se non consti della previa ammonizione fatta dal giudice al giurante nelle forme di legge.

Le formalità, per quanto importanti, non devono far perdere di vista il vero obbietto, la sostanza delle cose. D'altra parte il falso giuramento è un reato; è presunzione assoluta di legge che nessuno ignori la legge; quindi l'ammonizione di cui è caso non può essere che un ricordo al giurante di ciò che già si ritiene per presunzione *iuris et de iure* debba conoscere, quindi, ripetiamo, tali avvertimenti, ove non sieno stati fatti, non daranno luogo ad *inesistenza di giuramento*, con conseguente impunità, ma solo a nullità, che, secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, non esclude il reato.

Questi i principii di legge che occorre adattare e fecondare nella pratica alla infinita varietà dei casi.

Così Cicerone scriveva: *Iureconsulti saepe, quod positum est in una cognitione, id in infinita dispertiuntur* (*De legibus*, II, 19).

Questi sono i principii che sostanzialmente dal campo civile ove hanno speciale applicazione, segnatamente in materia di matrimonio (V. Ricci, Pacifici-Mazzoni ed in genere i commentatori, ed in ispecie il Chironi, *Istituz. di D. C.*, il quale propugna la teorica da noi brevemente esposta) passano e ricevono applicazione nel campo del diritto amministrativo (Meucci: *Instituz. di Dir. Amm.*, p. 589 e seguenti, ediz. 3ª).

Ed altri casi non mancano, in materia penale, a mostrare la pratica conseguenza della teoria.

Suppongasi la falsificazione di una scrittura di debito, in cui manca la formalità del *buono* od *approvato* di cui all'articolo 1325 c. c. La mancanza di tale formalità potrà

dar luogo tutt'al più ad una *annullabilità* della scrittura stessa, ma non ad *inesistenza*. In ogni caso tale scrittura potrebbe sempre valere di principio di prova per far ammettere un giuramento suppletorio, una prova testimoniale (art. 1374-75, 1347 c. c.).

Or bene, in tal caso si avrebbe sempre il reato di cui all'art. 280 cod. pen.

Suppongasi la falsificazione di una scrittura privata semplicemente crocesignata. Non avendo più il crocesegno valore di sorta nella legge nostra, neppure quello di far valere la scrittura crocesignata come principio di prova per iscritto (Mattirolo, op. cit., II, n. 367), la falsificazione e l'uso di tale scritta legalmente *inesistente*, non costituirebbe reato.

Suppongasi ancora il caso di falsificazione d'un testamento olografo mancante di data. Tale mancanza farà il testamento *nullo* (art. 775 e 804 c. c.), non *inesistente*, in quanto che ben potrebbe sortire il suo effetto, nè d'ufficio potrebbe tale nullità essere sollevata. Si avrà pur sempre, malgrado tale *nullità*, il reato di falso di cui all'art. 284 cod. pen.

Non altrimenti si dovrebbe dire nel caso di falsificazione di testamento segreto nullo, ove potesse valere quale testamento olografo (art. 804 c. c.).

Si noti poi che la *nullità* di un giudizio penale lascierebbe sussistere la costituzione di parte civile in esso fatta (Cassazione Roma, 26 giugno 1889, in *Repertorio decenn. della Riv. pen.*, del Lucchini, p. 597), ciò che non potrebbe avvenire in un giudizio *inesistente*.

Non possiamo per ciò convenire con quanto il chiarissimo Lucchini scrive nei suoi *Elementi di procedura penale*, a p. 236. Ivi esso enuncia, benchè non esplicitamente, la diversità fra *inesistenza* e *nullità*, ma poi afferma che nella legge patria non si ha un sistema con principii proprii a cui assorgere per risolvere le questioni che la pratica offre.

Ecco le parole dell'egregio scrittore:

« .... L'inosservanza può concernere l'atto in sè stesso omesso, ovvero le norme e le formalità con cui deve compiersi. Nel primo caso, la nullità, ferme le precedenti distinzioni, è assoluta (*inesistenza*, diremo noi). Nel secondo caso, si deve ammettere che, tranne l'espressa dichiarazione

della legge, la irregolarità rituale non abbia effetto, ossia, come suol dirsi, la nullità sia sanata mercè il consenso delle parti, presunto anche dal loro silenzio, il quale consenso fa alla sua volta presumere egualmente salva l'equa tutela degli interessi processuali (*annullabilità*).

« Oltre a queste nullità, che sono e si dicono *rituali*, esistono altre sanzioni di nullità, per cui un procedimento può considerarsi come non avvenuto. Sono le nullità concernenti la giurisdizione e la legge.

« La legge vigente non mostra di seguire criterii razionali e sistematici riguardo alle nullità rituali. Non vi è disposizione normale in argomento, e soltanto emerge espressa in taluni casi la comminatoria di nullità (es. art. 285 e seguenti, 297, 298, 311, ecc. c. p. p.), che quindi non si ritiene sancita ove manchi tale comminatoria. Anche la sanatoria del consenso o silenzio delle parti trovasi talvolta espressamente indicata (es. art. 290 c. p. p. in relazione ai precedenti). »

Noi, ripeteremo, conchiudendo, crediamo che le disposizioni del codice di procedura penale debbono completarsi con quelle delle altre leggi positive e di rito civile, per ragione di analogia, ciò che ci permette di avere un sistema che rischiara e completa la legge e offre alla pratica quei principii fermi e sicuri, coi quali solo può il magistrato accingersi a risolvere le questioni che vengono sottoposte al suo giudizio e creare in proposito una vera giurisprudenza.

GIUSEPPE CESARE POLA

Pretore in S. Giorgio Canavese.

Dello stesso Autore:

La proprietà nell'Egitto antico, con testi geroglifici, ieratici e copti. — Fratelli Bocca editori. — Torino, 1892 . . . L. 12

L'imitazione egiziana nel Cantico dei Cantici — Torino, Lattes . . . . » 1

La compensazione d'ingiurie, e la renitenza del perito e dell'interprete di fronte alla nostra legge penale. — Fratelli Bocca — Torino, 1896 . . . . » 1

*Limiti dell'*exceptio veritatis *nella diffamazione* (estratto dalla *Giurisprudenza Penale* di Torino). — Bocca, 1898 . . » 1

Il diritto di querela secondo l'art. 105 del codice di procedura penale (estratto dalla *Giurisprudenza Penale* di Torino) — Fratelli Bocca, 1899 . . . . » 1

Nullità ed inesistenza di atti: Effetti civili e penali (estratto dalla *Giurisprudenza Penale* di Torino). — Fratelli Bocca, 1899 » 1